SEÑOR PRESIDENTE.- Está abierto el acto.

(Es la hora 15 y 9 minutos.)

-Dese cuenta de los asuntos entrados.

(Se da de los siguientes:)

"Carpeta Nº 1042/2012. Afrodescendientes. Se establecen normas que favorecen su participación en las áreas educativa y laboral. Proyecto de ley aprobado por la Cámara de Representantes. Distribuido Nº 1756/2012."

-Corresponde continuar el análisis del proyecto de ley por el cual se modifican disposiciones relativas a la adopción y, para ello, vamos a recibir a nuestros primeros invitados que representan a la Institución Nacional de Derechos Humanos.

(Ingresan a sala integrantes del Consejo Directivo de la Institución Nacional de Derechos Humanos.)

-La Comisión de Población, Desarrollo e Inclusión del Senado tiene mucho gusto en recibir a la delegación integrada por las doctoras Mirtha Guianze y Ariela Peralta y el doctor Juan Faroppa para continuar con el tratamiento del proyecto de ley que tiene que ver con las modificaciones relativas al Código de la Niñez y la Adolescencia en materia de adopciones. Hemos convocado a esta Institución porque nos parece que lo que tenga para decir será muy importante para lo que decidamos con respecto al proyecto de ley.

SEÑORA PERALTA.- Buenas tardes y muchas gracias por recibirnos.

En primer lugar, queremos disculpar la ausencia de la señora Presidenta en ejercicio, socióloga Mariana González Guyer, dado que en nombre de nuestra Institución está participando de la XI Conferencia Internacional de Instituciones Nacionales, convocada por el Comité Coordinador de las Naciones Unidas -sin lugar a dudas una actividad relevante-, y al doctor Juan Raúl Ferreira, que se encuentra indispuesto.

Tal como hemos trasmitido en otras oportunidades, somos un organismo colegiado y, por lo tanto, hemos tomado la decisión de presentar los informes por escrito ya que los consensuamos entre los cinco integrantes de la Institución. De todas formas, les adelantamos que estamos dispuestos a responder a cualquier duda que surja de allí.

Con el permiso del señor Presidente, voy a leer el informe.

SEÑOR PRESIDENTE.- Adelante, doctora Peralta.

SEÑORA PERALTA.- Dice así: "1. La Institución Nacional de Derechos Humanos (INDDHH) y Defensoría del Pueblo agradece la convocatoria realizada por la Comisión de Población, Desarrollo e Inclusión de la Cámara de Senadores. La presencia de la INDDHH y Defensoría del Pueblo ante esta Comisión se enmarca en las competencias y facultades que le atribuyen los Arts. 1ro. y 4to. (literales C, H e I) de la Ley Nº 18.446, de 24 de diciembre de 2008.

2. Respecto del proyecto de ley incorporado en la Carpeta Nº 964/2012 de 31 de julio de 2012 que cuenta con media sanción de la Cámara de Representantes, la INDDHH se expedirá en aquellos aspectos esenciales que considera que podrían vulnerar los derechos de la niñez y adolescencia sobre la base del cuerpo normativo internacional que rige en la materia.

3. La INDDHH considera que en relación a las modificaciones propuestas, el principio rector en esta materia debe ser el interés superior del niño/a. El interés superior del niño es un concepto directamente vinculado a la eficacia real e integral de todos los derechos humanos de la persona menor de dieciocho años de edad, que obliga a los Estados partes a introducir disposiciones para garantizar que se tenga en consideración ese interés, como lo ha señalado sostenidamente el Comité de los Derechos del Niño (en adelante 'el Comité') en sus Observaciones Generales.

4. De tal modo que al legislar sobre el instituto de la adopción, la mirada se debe centrar en el interés superior del niño/a como principio regulador de la normativa, el cual tiene su fundamento en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños y niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

5. Así, el objeto central no es la adopción como tal, sino el mayor bienestar del niño/a y adolescente. Por lo tanto 'toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia."

En el repartido que está en poder de los señores Senadores, en los pie de página se citan varias decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la Opinión Consultiva 17 de 2002 de la Corte sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño.

Continúo: "6. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante 'Corte IDH' o 'Corte Interamericana') en su Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, ya había establecido que el niño/a tiene derecho a vivir con su familia, y que debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para su separación y que en caso de ocurrir la separación debe permitirse solo por razones excepcionalísimas y, preferentemente, por el menor tiempo posible.

7. Los niños/as tienen derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho del niño/a a vivir con su familia se deriva de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante 'la Convención') y 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En base a ello, el Estado tiene el deber de utilizar todos los medios posibles para preservar y desarrollar ese vínculo.

8. Como fue establecido en la Opinión Consultiva referida, una de las interferencias estatales más graves es aquella que determina la separación del vínculo del niño/a con su familia de origen y/o ampliada. Por tanto, la misma, puede significar una violación del derecho de protección a la familia 'pues, inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales'.

9. Es así que cualquier decisión que implique la separación del niño/a de su familia debe estar basada en razones objetivas y fundamentarse en su máximo bienestar. Los artículos 5, 9, 19 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas 17, 18 y 46 de Beijing, así como la 14 de Riad, reconocen la necesidad de proteger el vínculo del niño/a con su núcleo familiar y la separación de ese vínculo solo en casos excepcionales, por razones justificadas y por el menor tiempo posible.

10. Las consecuencias de separar al niño/a de su familia, entiéndase el concepto de familia biológica, ampliada y/o las personas con las que el niño/a vive (también llamada 'de crianza'), afectan derechos tales como el derecho a la integridad personal, a la honra y la dignidad y el derecho a la identidad.

11. El derecho internacional ha desarrollado ampliamente el derecho a la identidad, el cual se encuentra reconocido a texto expreso en nuestro país. En base a lo establecido por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. La Corte IDH, en el caso Gelman, estableció que el mismo puede definirse 'como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad' y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso.

12. De modo tal que para restringir un derecho reconocido internacionalmente, dicha restricción debe estar establecida legalmente. Las razones justificadas que determinen la separación del niño/a de su familia deben basarse en criterios objetivos, limitando toda posibilidad de determinar dicha separación por criterios discrecionales de las autoridades. La Corte Interamericana ha señalado que 'la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia'.

13. En pos de esta protección, la Corte IDH ha establecido que 'los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades. Lo anterior revela una necesidad de cautelar y de proteger el interés superior del niño, así como de garantizar los derechos en posible riesgo […] y de asegurar el efecto útil de la eventual decisión que se adopte'.

14. Un aspecto fundamental a ser tenido en cuenta es la obligación que establece la Convención de garantizar que los responsables de tomar cualquier medida en relación a los niños/as y adolescentes deben respetar lo establecido en el artículo 12. Esta disposición es obligatoria y se encuentra en directa relación con la garantía del ejercicio de los demás derechos reconocidos por la Convención.

15. El artículo 12 establece que los Estados garantizarán que el niño/a sea escuchado/a. Como lo ha establecido el Comité en la Observación General n.º 12, esta disposición no deja margen al Estado para la discrecionalidad. De tal manera que cualquier actuación del Estado que no tome en cuenta la opinión del niño/a en cuanto puede manifestarla libremente -o asegurar que se representen objetivamente sus intereses- debiera determinar la anulación de lo actuado.

16. La Convención establece que el niño/a debe ser escuchado/a en todos los asuntos que le afecten y debe ser escuchado/a libremente. 'Libremente' es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva 'propia' del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.

17. El párrafo dos del artículo 12 especifica que se deben dar al niño/a oportunidades de ser escuchado/a, en particular 'en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño'. El Comité recomienda a los Estados que garanticen 'mediante leyes, normas y directrices de política, que se recaben y se tengan en cuenta las opiniones del niño, en particular en las decisiones relativas a su asignación a hogares de acogimiento familiar o de guarda, la elaboración y revisión de planes de guarda y las visitas a los padres y la familia. Y cuando vaya a ser adoptado [...], es de vital importancia que el niño sea escuchado'. Este proceso también es necesario cuando los padres adoptivos o el hogar de guarda adopten a un niño, aunque el niño y los padres adoptivos ya hayan estado viviendo juntos durante algún tiempo.

18. Teniendo en cuenta las obligaciones internacionales referidas, en relación a la redacción dada a los artículos 132, 133, 133.1 y 135.1, la INDDHH considera que, por la naturaleza de los derechos en juego y guiado por el interés superior del niño/a, debería agregarse específicamente que

el Estado siempre y primordialmente agotará todos los esfuerzos por preservar y fomentar el vínculo del niño/a con su familia.

19. Asimismo, en relación a la redacción del artículo 133.1 se debería establecer específicamente que el niño/a debe ser escuchado/a libremente en todas las instancias del proceso, sin cuyo consentimiento lo actuado debiera ser anulado.

20. Del mismo modo, sería esta una oportunidad para establecer expresamente que se debe recabar el consentimiento expreso de las personas menores de 18 años en todos los asuntos que le conciernen. En esta materia, la INDDHH refiere expresamente a los menores de 18 años que son padres sin haber contraído matrimonio, a los efectos de que se obtenga su consentimiento sobre el destino del niño/a.

21. En tal sentido la INDDHH recomienda que estos dispositivos sean evaluados periódicamente respecto de su eficacia, así como que se vele por la intervención de instituciones debidamente calificadas, con personal capacitado e instalaciones adecuadas que cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño/a. En especial se recomienda, en esta materia, que se tome en consideración lo establecido en la Observación General Nº 12 del Comité de los Derechos del Niño a que se ha hecho especial referencia.

22. En relación al inciso sexto de la redacción dada al artículo 132.2, debería establecerse claramente que no podrá dejar de observarse el orden preferencial establecido en el artículo 132.1.

23. Asimismo se entiende necesario establecer específicamente que el/la Juez/a deberá motivar toda decisión que implique la separación del niño/a de su familia, así como que el proceso será nulo si no se dispuso por todos los medios necesarios la notificación de los progenitores o quienes están a cargo del niño/a para comparecer en todas las instancias del proceso (132.3).

24. La INDDHH concuerda con la provisión de disposiciones que establecen plazos perentorios.

25. Finalmente, en relación a la adopción internacional (artículos 151 y 158), la INDDHH enfatiza que se debe establecer, que serán competentes solamente las instituciones estatales designadas a tales efectos, como lo establecen la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción y el XXXIII Convenio relativo a la protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional".

SEÑOR PRESIDENTE.- Realmente, nos parece un tema muy interesante, sobre todo, porque hasta ahora no contábamos con una visión de las instituciones internacionales dirigida al proyecto en sí, que en este caso hace especial hincapié en algunos aspectos y también hace aportes.

Me gustaría formular una pregunta antes de dar la palabra a los señores Senadores. Ustedes nos plantean algunas observaciones con relación a que sería conveniente -y me parece bien que así lo hagan, teniendo en cuenta la referencia en la que ustedes se basan- hacer mención a los derechos del niño, por ejemplo, a ser escuchado y demás. Obviamente, ustedes se están refiriendo a este proyecto. ¿Esto no estaba presente anteriormente? Formulo esta consulta porque no soy especialista en el tema, pero me gustaría tenerlo presente. Por eso, quisiera saber si estamos ingresando en un aspecto que antes existía -y en ese caso, si estamos dando los primeros pasos para mejorar una normativa nacional- o si estamos dando pasos hacia normativas que lo perfeccionan y acercan a la normativa internacional.

SEÑOR FAROPPA.- El artículo 12 de la Convención establece que el Estado está obligado a garantizar que toda persona menor de 18 años sea escuchada en aquellos asuntos que le conciernen. Por supuesto que esta disposición también debe interpretarse teniendo en cuenta el principio de la autonomía progresiva de todo ser humano, establecido en la Convención.

A nadie escapa que una persona de 4 o 5 años puede tener una determinada visión sobre su entorno, su vida, su realidad social y familiar, etcétera, diferente a la que puede tener una persona de diecisiete años. Tal vez sea difícil -aunque no imposible- entender que un grupo de niños de una guardería puedan opinar sobre los planes de estudio de esa institución. Pero, a esta altura, sería imposible negar el derecho que tienen los adolescentes de 14, 15 o 16 años para opinar sobre el tipo de educación que reciben.

En ese plano, veíamos -agradecería que las doctoras Peralta y Guianze me ayudaran con este asunto- que hay varias disposiciones en el ordenamiento vigente que tal vez deban ajustarse. En este caso concreto, es decir, el del proyecto modificativo que estamos analizando, hay una situación especial: la de las personas menores de 18 años que puedan ser padres, pero que no están casadas entre sí. El Código de la Niñez y la Adolescencia establece que la opinión en estos casos debe ser manifestada por los representantes legales del niño o del adolescente. Tratándose de una situación tan delicada, de un acto tan personalísimo como es decidir si se va a dar en adopción a un hijo, da la impresión de que la participación de los adultos debería ser analizada de otra manera.

No hay duda de que los tiempos cambian y que las pautas culturales evolucionan. Por lo tanto, hay que buscar soluciones, que quizás nunca son fáciles, pero no pueden ser irracionales.

También hemos visto -y lo señalamos últimamente- lo relacionado con la recientemente votada ley de interrupción del embarazo, donde también se establece un régimen diferente para personas menores de 18 años en determinada franja de edad. Sin negar la complejidad y la seriedad con que hay que tomar el asunto, quizás habría que analizar de qué manera una persona menor de 18 años -lo reitero-, de acuerdo con el principio de autonomía progresiva, está participando efectivamente en aquellas circunstancias o procesos administrativos o judiciales que le atañen.

SEÑORA PERALTA.- Quisiera hacer un agregado en términos generales, ya que el señor Presidente abarcó otras cuestiones relativas a niñez y a la adolescencia en su intervención.

Más allá de las consideraciones concretas y de las propuestas para resolver un determinado tema de una manera específica, el Código de la Niñez y la Adolescencia establece el interés superior del niño y el vínculo con su familia, así como la obligación del Estado de agotar todos los esfuerzos en este sentido.

Creemos que a la hora de legislar en esta materia de la adopción, se debe poner un énfasis especial en eso, por esa mirada que le da la Institución en referencia a las obligaciones internacionales; esa es la obligación principal. Obviamente que la adopción es un instituto y hay que regularlo, pero la obligación principal es agotar todos los esfuerzos en ese sentido.

En cuanto a cómo puede un Estado como Uruguay mejorar la recepción del consentimiento del niño, ustedes habrán visto que hay un numeral que se refiere a capacitar, a que la institución sea monitoreada, porque hay situaciones muy disímiles.

También se plantea el tema de los estereotipos y sabemos que se ha debatido en los tribunales acerca de la condición económica de las familias.

Entonces, nos parece que esos elementos rectores son los que deben guiar la reglamentación de este instituto.

SEÑOR LORIER.- En primer lugar, quiero agradecer a la Institución y sus integrantes por su concurrencia a esta Comisión.

Nos parece que la disposición tiene una serie de principios fundamentales que hacen que las cuestiones prácticas se deriven en forma natural. Uno de estos elementos es aquel que establece la necesidad de escuchar al niño, niña o adolescente en todas las etapas del proceso. Muchas veces, ellos son los menos escuchados y esto puede tener una serie de implicancias porque, como ustedes

señalan, si no se cumple con esa etapa de atender a lo que el propio interesado opine acerca del proceso, se anularían todos los procesos. Creo que este es uno de los principios claves que marcan la línea del instituto y que debe tenerse en cuenta.

Otro tema que me llama la atención y que me parece de suma importancia es el relativo a la evaluación periódica de los dispositivos. Generalmente, nosotros hacemos las leyes y nos olvidamos -como Legisladores o como organización del Estado que tiene que ver en el tema- de hacer esa evaluación, ya sea para adecuar la ley a sus fines o para monitorear su efectivo cumplimiento. Entendemos que es importante que se evalúe periódicamente la eficacia de estos dispositivos y se vele porque intervengan específicamente aquellas instituciones calificadas para hacerlo.

Estos son los comentarios que deseaba hacer sobre esta presentación. Por supuesto, se plantearon muchos más elementos, pero me parece que estos son los esenciales de la filosofía que anima la intervención de la Institución en este caso.

SEÑOR SOLARI.- Señor Presidente: quiero dar la bienvenida a la delegación, que hago extensiva a los integrantes que no han podido concurrir.

En primer lugar, quiero hacer un comentario de carácter general que resulta de mi desconocimiento del sistema jurídico. Una de las cosas que me llama la atención es que en todo el informe, por lo menos en una primera mirada, no aparece ninguna referencia a la Constitución de la República. Las referencias que he visto son a la Convención sobre los Derechos del Niño, al Comité de los Derechos del Niño, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en fin, son elementos muy atendibles -y lo entiendo como médico, porque no soy experto en este tipo de temas-, pero está en discusión si tienen preferencia o no sobre las disposiciones constitucionales.

Como dije, me llamó la atención que no hubiera referencia alguna -por lo menos no la encontré- a la Constitución de la República, por lo que me gustaría saber si, en opinión de nuestros visitantes, las disposiciones de esos organismos en las cuales se fundamentan las recomendaciones o consideraciones, ¿se contraponen de alguna manera con disposiciones constitucionales, o incluso de carácter legal, vigentes en el Uruguay? Por ejemplo, me llamó bastante la atención un artículo que refiere a los bienes, en el que se establece que algunos de los adoptados tienen derecho a la herencia, tanto en su familia de origen como en la de adopción. Reitero, este tema me llamó la atención porque es una disposición que, por lo menos desde el punto de vista humano, no tiene un sentido muy claro.

El segundo planteamiento que quiero formular es que si uno adopta una visión estrictamente jurídica, puede llegar a un mundo que sea de absoluta perfección en cuanto a las normas, pero que choca contra la realidad, porque las instituciones están hechas por seres humanos y, por lo tanto, tienen las limitaciones propias de los seres humanos, más allá de los problemas de recursos. La realidad nos está diciendo que en este momento el INAU tiene 5.000 menores a su cargo en condiciones de ser adoptados, y los puede tener durante años y años, por lo que no me cabe ninguna duda, como experto en desarrollo infantil, de que esa es la peor de las infracciones que se pueden cometer con respecto a los derechos del niño. ¿Qué quiero decir con esto? Que a veces la realidad obliga -o debería hacerlo- al mundo jurídico a mantener ventanas donde realmente se tenga en cuenta el interés superior del niño.

Entonces, los primeros cuatro párrafos que leí me parecieron correctos, pero en el quinto se dice: “toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño” `que es de lo que venimos hablando’ “y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen en esta materia”, lo que agrega un nuevo elemento que puede estar con conflicto con lo anterior.

En consecuencia, la pregunta específica sería la siguiente. ¿Cómo se resuelve el conflicto -como sucede en esos 5.000 casos- entre la aplicación de la norma jurídica y el interés real del niño de ser protegido y de que se le dé un ámbito apropiado para su desarrollo emocional, sicológico y cognitivo, todo lo cual va decreciendo en posibilidades y potencialidades a medida que van pasando

los primeros 24 o 36 meses de vida? Desde el punto de vista jurídico pueden estar perfectas todas las disposiciones, pero ha quedado demostrado que en la vida real no ha sido así.

SEÑORA PERALTA.- Nosotros no encontramos disposiciones al respecto; le agradecemos al señor Senador las referencias a la Constitución.

En cuanto al planteo que el señor Senador realiza, que comprendemos -mis compañeros también tendrán la oportunidad de expresarse sobre lo que hemos estudiado en conjunto-, debemos decir que cambió en algo el paradigma del interés superior del niño y se generó algo nuevo, que en nuestro país se conoce y está desarrollado en el Código de la Niñez y la Adolescencia. Es decir que no es un concepto nuevo y estamos seguros de que para los Legisladores tampoco lo es. Incluso, ha sido definido por órganos de carácter vinculante para el Estado uruguayo, porque ratificó las convenciones respectivas y aceptó atender las resoluciones y observaciones de sus órganos. Además, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es cambiante: se acompasa al cambio de los tiempos y se adecua a las situaciones.

Por supuesto, hay un mundo ideal, como el señor Senador expresaba; todos los operadores en todas las áreas deberían tener la capacitación adecuada y debería haber un monitoreo permanente. Sabemos que los Estados tienen mucho para mejorar y que ningún mundo es perfecto, pero esto está en el corazón de las instituciones nacionales como la nuestra; es parte de nuestro mandato y así está establecido. Justamente, el Comité de los Derechos del Niño tiene una observación general específica para las instituciones nacionales de derechos humanos respecto a lo que pueden colaborar en la protección del interés superior del niño. Esa debe ser la línea rectora y en ese sentido hay que acomodar todo el aparato estatal para que pueda recabarse la opinión del niño en las condiciones más libres. La práctica institucional puede ser muy buena, pero también puede tener aspectos muy perversos, de buena o de mala fe, porque las cosas suceden en el mundo real. Entonces, la mirada del párrafo 5 es que el Estado debe atender rigurosamente esas obligaciones y esos principios rectores, o por lo menos debe encaminarse a asegurarse todos los medios posibles y acomodar todo el dispositivo para mirar, desde todos los operadores y todas las áreas de la práctica institucional, estas cuestiones que nosotros levantamos como las centrales.

En materia de las obligaciones internacionales de los organismos que están nombrados, algunas son de carácter general, lo que significa que los comités están brindando ayuda a los Estados. Las observaciones generales apuntan justamente a eso: son una guía para que los Estados puedan cumplir mejor el compromiso internacional asumido. Algunas de ellas son ya estándares que ha fijado la Corte o que se derivan de la misma Convención y se han desarrollado en pos de que los Estados cumplan de la mejor manera posible. Repito que el Código de la Niñez y la Adolescencia tiene expresado ese concepto y no encontramos contradicciones constitucionales. Además, no debería haber esas contradicciones; el Estado debería resolver de la mejor manera el tema, guiado por la obligación internacional que tiene asumida. En este caso se establece que el interés superior del niño es la protección de la familia, de la honra y la dignidad, de su nombre, de su identidad, etcétera. Es decir que ya hay un desarrollo avanzado sobre el tema y a la hora de regular institutos como este, todo eso debe ser tenido en cuenta. Hicimos algunas precisiones específicas sobre el consentimiento, la opinión del niño, escucharlo en la forma adecuada, monitorear el dispositivo, etcétera. También hicimos referencia al orden de prelación; en este caso, nos parecía que estaban bien los términos establecidos y que condecían con las obligaciones internacionales. La idea era no poner a las niñas y niños en ese limbo, pero también hacer un seguimiento.

Se han dado casos en los que no se ha hecho la evolución adecuada y el niño queda en una familia cuando la de origen lo está reclamando. Justamente, por lo prolongado de los plazos queda en una situación desfavorable: el tiempo jugará en contra y, tanto en uno como en otro sentido, se terminará haciéndole más daño.

SEÑOR FAROPPA.- En nombre de mis colegas, agradezco al señor Senador Solari las observaciones realizadas, aunque quizás se requiera aclarar el tema.

En primer lugar, quiero decir que, por supuesto, la Institución es del Estado; tenemos nuestros cometidos y facultades establecidas por la Constitución de la República, por la legislación nacional, y

también por los instrumentos internacionales de los que el Estado también es parte. Nosotros entendemos que toda referencia a los tratados internacionales de los que nuestro país es parte debe hacerse en el marco de lo que disponen los artículos 72 y 332 de la Constitución de la República. Por lo tanto, las disposiciones internacionales tienen esa misma jerarquía, es decir, constitucional, precisamente porque la misma Constitución nacional, por los mencionados artículos, da entrada o ingreso con jerarquía constitucional a estos tratados.

En la región hay otras soluciones que se podrán discutir, y quizás si en algún momento nuestro país analiza la posibilidad de ajustar la Constitución de la República para aclarar algunos puntos, puede resultar interesante estudiar el Derecho Comparado, especialmente las soluciones que dieron Argentina, Chile y Colombia -entre otros países- con relación a la jerarquía de los tratados internacionales.

En nuestro país las normas constitucionales no desarrollan los grandes principios o los grandes conceptos. A esos efectos, como también lo hace la Suprema Corte de Justicia en su jurisprudencia, debemos apelar a lo que establecen los organismos de control de los tratados, a las normas internacionales y también a organismos jurisdiccionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos que aquí está citada. Estos organismos son los que soberanamente el Estado uruguayo decidió reconocer y, en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solamente acepta su jurisdicción consultiva, sino que se somete a su jurisdicción contenciosa a través de un pronunciamiento soberano del Estado uruguayo; bien podría no haberlo hecho, pero que en este caso lo hizo.

Entonces, podemos -y lo vamos a hacer- ajustar la fundamentación de otros informes que tengamos que dar, pero entendemos que los principios constitucionales obviamente ya están recogidos en cualquier pronunciamiento de la Institución Nacional.

En segundo término, quiero señalar que estamos totalmente de acuerdo con la necesidad de que el mundo real se ajuste al mundo jurídico. El mundo de los derechos humanos es el mundo real; muchas veces se entiende que los organismos que trabajan en el tema de los derechos humanos están como en la estratósfera, mientras que la realidad va por otro lado. Si la ley no opera como un instrumento para contribuir a cambiar la realidad, no sirve de nada, puesto que la norma jurídica tiene una triple dimensión: es una norma, por supuesto jurídica; es un valor que debe aceptarse socialmente y también debe tener un determinado contenido valórico que tiene que ser aceptado por la sociedad. Nosotros no debemos cambiar solamente las normas, sino también las herramientas administrativas y operativas con las que cuenta el Estado. Obviamente, estamos concretando la parte más fácil, que es modificar la norma, pero no podemos cambiar la operatividad del Estado si no lo hacemos en el marco del régimen jurídico vigente.

El concepto de interés superior del niño o de la niña, tal como está consagrado en la Convención Internacional de los Derechos Humanos que nuestro país ha ratificado, no es otro que el de velar para que todos los derechos humanos del niño o de la niña se consagren; no puede ser un concepto vacío. Por lo tanto, los mecanismos operativos prácticos deben tener en cuenta que se cumpla estrictamente con los derechos de niñas y niños que en este momento están esperando para una posible adopción; en eso no puede haber contradicción y, de hecho, no la hay.

Finalmente, sostenemos que uno de los puntos en los que el proyecto avanza claramente es en la determinación de plazos perentorios para que las diferentes autoridades decidan, estableciéndose una responsabilidad administrativa de parte del funcionario que no cumpla. Eso nos parece que es fundamental y representa un avance sustantivo en este tema.

SEÑOR SOLARI.- En el párrafo 18 del informe se menciona que, en opinión de la Institución, en varios artículos, dada la naturaleza de los derechos en juego y guiados por el interés superior del niño, debería agregarse específicamente que el Estado siempre y primordialmente agotará todos los esfuerzos por preservar y fomentar el vínculo del niño con su familia. Particularmente quisiera aclarar la extensión de esa recomendación en relación con el artículo 135.1, que es uno de los más innovadores de esta iniciativa, pues refiere a que los progenitores -ambos si existe la pareja, o solamente la mujer- ya desde el embarazo deciden que van a tener ese hijo pero que no lo van a criar, dándolo en

adopción. Obviamente que el proyecto de ley no impide -por el contrario, trata de fomentar- el mantenimiento de algún tipo de vínculo; es más, fomenta el mayor vínculo posible, aun en los casos de adopción. Entonces, quería saber hasta qué punto esta recomendación podría afectar la actual redacción del artículo 135.1 y en qué debería consistir esa modificación, a los efectos de salvar, no la observación, pero sí la sugerencia hecha aquí.

SEÑORA PERALTA.- En cuanto a la referencia que hace el Senador Solari al numeral 18, quiero decir que nosotros entendemos que el proyecto anima a proteger al niño. Ahora bien, pensamos que debería existir una norma general con respecto a la adopción, si bien esto figura en otras partes del Código y se establece un orden de prelación, colocando la institucionalización como último recurso. Entonces, creo que la mirada de la Institución tiene que ver con que debería establecerse como principio rector que el Estado va a propender -ese es un estándar del Derecho Internacional en relación a la protección del niño- a agotar todos los esfuerzos para la preservación y el fomento en este sentido. Esto es así porque en el desarrollo del principio de protección del niño, justamente por el cruce de los derechos económicos, sociales y culturales, y en otras situaciones derechos civiles y políticos, se intenta que el Estado accione todos los resortes en relación a la familia, máxime si se trata de problemas económicos o de estereotipos. En Uruguay y en otros países -este no es un problema solo nuestro- hay informes técnicos con una mirada que propende a la adopción, pero sin revisar realmente qué es lo que el Estado ha dado a esa familia. Muchas veces en el desarrollo de la protección del niño se cuestiona si el Estado está legitimado para decir que la persona no puede; me refiero a si el Estado ha desarrollado todos los dispositivos para buscar si hay una familia de crianza, una familia ampliada o una familia en la que los otros niños han convivido. Hay sentencias en el Derecho interno donde se muestran esas contradicciones: por ejemplo, cuando se da en adopción a un niño sin atender mucho lo que este expresa. Como señalaba el colega Faroppa, se estudia si el niño tiene vínculo con ese integrante de la familia ampliada, o de crianza, como se lo denomina.

El precepto general está para torcer la mirada de la adopción y el Estado debe desplegar todos sus esfuerzos en ese sentido. Obviamente, la adopción existe y las personas que no quieren criar al niño lo pueden dar en adopción. La forma es regularlo siguiendo los estándares internacionales, y eso es algo que está especialmente contenido en los artículos 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que forma parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque se tiende a que el Estado tenga esa referencia como obligación primera. Claro que después vendrán situaciones en que el Estado tendrá que resolver porque se agotan todos los esfuerzos y no es posible de otra manera. Esto es el principio rector general.

SEÑOR PRESIDENTE.- Si bien el artículo 135. 1. sobre las medidas de apoyo a los progenitores que deciden no hacerse cargo de su hijo no comienza con esa idea, es muy claro cuando hace especial énfasis en evitar que se vean inducidos a entregar la guarda de su hijo. Luego hace referencia al servicio de salud, que lo comunicará de inmediato al Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay, y una vez recibida la noticia, el INAU tomará las medidas necesarias para mantener al niño en el seno de su familia de origen. Quiere decir que los elementos están allí, aunque no sé si lo están con las prioridades que se señalaban de acuerdo a la norma internacional a que se hacía mención.

SEÑOR FAROPPA.- Quiero señalar, con todo respeto, que la Institución Nacional de Derechos Humanos solamente recomienda. La ciudadanía no nos eligió a nosotros sino a ustedes para que legislen, y somos sumamente respetuosos de eso. La Institución no podría decirles, por ejemplo, escriban tal o cual artículo, de tal o cual forma, o cambien esta cosa, pero sí puede hacer recomendaciones generales que la Comisión, y posteriormente el Senado o la Asamblea General adoptarán o no. Hemos tenido un intercambio de opiniones en la Institución y de esa instancia salieron las propuestas de redacción, pero no podemos imponerlas; no tenemos facultades para ello y, además, estaríamos vulnerando groseramente la separación de Poderes en este país y lo que son las facultades de cada uno de ellos. Repito que podemos hacer observaciones generales, que se podrán adoptar o no; luego, cada uno de los actores cumplirá con sus cometidos constitucionales y legales.

SEÑOR PRESIDENTE.- Ha sido muy claro en sus apreciaciones; no hay ninguna duda de que es así.

Agradecemos el valiosísimo aporte que nos han brindado y lo tendremos en cuenta en las discusiones en Comisión.

(Se retiran de sala los representantes de la Institución Nacional de Derechos Humanos.)

(Ingresan a Sala los representantes de la Suprema Corte de Justicia.)

-La Comisión de Población, Desarrollo e Inclusión tiene el agrado de recibir al doctor Ricardo Pérez Manrique, Ministro de la Suprema Corte de Justicia, y a la doctora María Lilián Bendahan Silvera, Ministra del Tribunal de Familia de 1er. Turno, quienes seguramente nos harán importantes aportes sobre el proyecto del ley que tenemos a estudio, por el cual se realizan modificaciones en materia de adopción. A tales efectos, les cedemos el uso de la palabra.

SEÑOR PÉREZ MANRIQUE.- Para nosotros es un honor concurrir a esta Comisión donde participan algunos Senadores que conocemos.

Muy brevemente, vamos a referirnos a la historia de este proyecto de ley. En determinado momento se formó un grupo de trabajo, que fue presidido por el señor Senador Solari y donde participaron representantes de todos los partidos políticos, profesoras de la Facultad, representantes del INAU, y la doctora Bendahan y quien habla -en aquel entonces éramos Ministros de Tribunales de Apelaciones- por el Poder Judicial.

Tenemos entendido que, luego del tiempo transcurrido, el proyecto de ley que tiene a consideración el Senado tendría consenso. Los puntos básicos de discusión, que llevaron a la necesidad de modificar la Ley Nº 18.590, siguen siendo los mismos que en aquel entonces por lo que, en lo personal, vamos a hacer algunas puntualizaciones sobre ciertos aspectos de técnica legislativa y sobre algún punto donde hemos visto que hay un vacío, con vistas a que, en lo posible, el proyecto de ley sea mejorado.

Sinceramente, quiero señalar que desde el punto de vista personal este no es el proyecto de ley que hubiera querido. Este tema se está discutiendo en distintos países y los puntos de debate son los mismos. Por ejemplo, Argentina está al borde de modificar íntegramente su Código Civil, con una serie de disposiciones muy importantes en materia de familia y adopción. En ese sentido, inclusive vamos a proponer que algunos de los vacíos que entendemos tiene esta propuesta puedan ser llenados con alguna solución planteada para el Código argentino. Quiere decir, entonces, que vamos a dar nuestra opinión con el criterio de mejorar o subsanar algunos puntos que consideramos importantes.

Cuando fuimos invitados a concurrir a la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes dijimos que, como Suprema Corte de Justicia, entendíamos que había cuatro núcleos temáticos en este proyecto de ley. Uno de ellos es la cuestión de los plazos -para tomar decisiones e intervenir- y de sus cumplimientos. Decíamos que el plazo que se establece, sobre todo en la primera etapa, de 45 o 90 días para tomar una decisión sobre qué hacer con el niño cuando se tiene la noticia de que está amenazado o vulnerado en sus derechos -por más que en algún momento lo habíamos acompañado calurosamente-, en la práctica, es muy difícil de cumplir. ¿Por qué? ¿Cuál es el objetivo de toda esa primera etapa que originalmente se identificaba con el artículo 132? El objetivo es tomar una decisión provisional en la que se diga si el niño está o no en condiciones de permanecer en su familia de origen y en caso de que no sea así, buscar una solución hasta que en el juicio de separación definitiva se determine qué va a pasar con él. Vemos que hay una dificultad objetiva en cumplir con el plazo de 45 o 90 días, pese a que la ley establece una serie de plazos estrictos para la elaboración de los informes técnicos, etcétera.

SEÑOR SOLARI.- Dada la jerarquía de la delegación, y si los invitados no lo toman a mal, me gustaría que pudiéramos hacer algunas preguntas aclaratorias respecto a las afirmaciones que aquí se han hecho. En este sentido, me parece muy importante lo que acaba de manifestar el Ministro de la Suprema Corte de Justicia, doctor Ricardo Pérez Manrique, en cuanto a la dificultad objetiva que el

organismo tiene de cumplir -me refiero al sistema judicial- con los plazos que están estipulados en el artículo 132 y todos los derivados.

Entiendo que es una falta de responsabilidad establecer en una ley plazos que sabemos que no se pueden cumplir. Entonces, mi pregunta es la siguiente: ¿qué plazos sustitutivos podrían establecerse? No sé si hay consenso en este tema o si tienen alguna idea; tal vez deseen reflexionar y hacernos llegar la respuesta.

SEÑOR PÉREZ MANRIQUE.- La forma en que había estructurado la exposición era: marcar estos cuatro núcleos temáticos y después referirme a algunos aspectos del articulado. No tengo ningún inconveniente en responder ahora las preguntas que quieran formular o hacerlo más adelante.

SEÑOR PRESIDENTE.- Preferimos que continúe con su exposición y luego los señores Senadores harán todas las preguntas que deseen.

SEÑOR PÉREZ MANRIQUE.- Entonces continúo con la exposición y cuando finalice, lo primero que haré será responderle al señor Senador Solari.

El otro tema que vemos como polémico y central es el de la vinculación entre el ejercicio de la función jurisdiccional y la preceptividad de la selección realizada por el INAU del Registro Único de Adoptantes para las familias.

Respecto a ese núcleo temático, en la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes dijimos -y lo reiteramos aquí- que pese a que es una norma originada en la Ley Nº 18.590, la facultad que se le concede al Directorio del INAU para recurrir una decisión del juez, en función de que supuestamente no se ha seguido el criterio de la lista, nos parece que está por fuera de lo que en realidad es un proceso de adopción porque, en definitiva, ¿qué es lo que estaría haciendo el Instituto? Estaría defendiendo -aclaro que generalmente no lo ha hecho, salvo en casos excepcionales- su propia competencia como organismo público, lo que no estaría directamente vinculado con el tema del niño, que es el centro del debate jurisdiccional.

Por otro lado, quiero decir que se han superado muchos aspectos procesales; no obstante, hay algún error cuando se invoca la prevención en el juicio de separación definitiva, que creemos no es un instituto de aplicación. Pienso que lo que habría que establecer en el artículo 133 es que el juicio será competencia del juez correspondiente al domicilio de los adoptantes.

Finalmente, voy a hacer referencia a una cuestión de técnica legislativa que, a mi entender, es fácilmente solucionable. El artículo 1º del proyecto de ley comienza diciendo: "Sustitúyense los artículos", pero aquí se plantea el siguiente problema: salvo el artículo 133.1, las demás disposiciones se identifican por el número de artículo general. Al final del artículo 132, que es el primero que se modifica, se expresa en su literal B): "De ser recibida por el INAU, este lo comunicará de inmediato al Juez de Familia con competencia de urgencia, en ambos casos a efectos de dar cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 132.2". Quiere decir que el texto de la disposición reconoce las expresiones ".2", ".3" y ".4" como artículos. Ese es un aspecto de técnica legislativa que me parece que sería fácilmente solucionable a través del enunciado del artículo 1º.

Esto ha generado ciertos problemas. ¿Qué considera la ley por artículo? Por ejemplo, en la Ley Nº 18.590 hay una referencia de la cual se puede deducir claramente que el INAU no puede tomar ninguna decisión en cuanto a la entrega de un niño si no existe previa decisión judicial. Sin embargo, la forma como están enumerados los artículos permite la doble interpretación.

Luego de estas cuestiones de carácter muy general, respondiendo a la pregunta del señor Senador Solari diría que uno de los temas que personalmente me ha desvelado es el de los plazos. Creo que aquí hemos navegado por aguas complicadas porque todas las dudas interpretativas que había suscitado el Código de la Niñez y la Adolescencia se vieron de alguna forma potenciadas al aplicarse la Ley Nº 18.590. Incluso, cuando todavía no teníamos asentado un régimen, comenzamos a

aplicar otro y este es uno de los riesgos que corremos si hacemos demasiados cambios al ingresar a un nuevo sistema.

Personalmente, me parece muy interesante lo que se hace en el artículo 607 del proyecto de reforma del Código Civil argentino, donde se establecen varios plazos según la situación jurídica que se plantea en el caso concreto. El artículo 607 propuesto comienza diciendo: "La declaración judicial del estado de adoptabilidad se dicta si:

a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de TREINTA (30) días, prorrogables por un plazo igual solo por razón fundada;". Quiere decir que si tenemos un niño que está desprendido de su familia de origen, se maneja un plazo de 30 días para declarar el estado de adoptabilidad.

Continúo: "b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que su hijo sea adoptado y el organismo administrativo competente agotó las medidas tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, durante un plazo máximo de NOVENTA (90) días contados a partir de la manifestación.

Esta manifestación es válida solo si se produce después de los CUARENTA Y CINCO (45) días de producido el nacimiento;". O sea que primero se maneja un plazo de 30 días y después uno de 90 días.

A continuación, se estipula algo que a mi entender es muy importante frente a toda la problemática que nosotros tenemos en este momento. La tercera hipótesis reza: "c) se comprueba que las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de CIENTO OCHENTA (180) días". ¿Qué quiere decir esto? Que se le dan al Estado 180 días para que intente la reinserción familiar. Si en ese plazo no lo logra, automáticamente hay que pasar a la etapa de adopción.

Con respecto a esta última hipótesis de fijar plazos razonables -no digo que 180 días no lo sean- hay un problema al que nos hemos enfrentado: el trámite del artículo 132, que dura muchísimo tiempo. En realidad, no es que se pierda tiempo sino que hay muchas pericias que lo insumen. Pretendo mostrar cómo en el Derecho Comparado, en una propuesta que ha sido muy estudiada -no digo que vaya a ser aprobada- y que me parece interesante, se le da al Estado un plazo máximo para intentar la reinserción familiar.

Voy a continuar con los temas vinculados al articulado. En el artículo 132.1 del proyecto de ley se establecen una serie de plazos que tienen que ver con informes técnicos y con la propuesta de inserción familiar que realiza el INAU. Una vez agotados los plazos, si el juez no adopta resolución en 72 horas, se tendrá como decisión judicial la propuesta del Instituto. Francamente, vemos una dificultad porque nos preguntamos: ¿de qué manera se implementaría esta medida? ¿De qué manera se refleja en el expediente algo que es una resolución ficta y que después debe tener recepción para adoptar una serie de medidas, comunicaciones por oficio, etcétera? Creo que una de las soluciones que se podría tomar en este punto sería la de decir, por ejemplo, que pasadas las 72 horas de no haberse adoptado resolución, el juez homologará la propuesta del INAU. Es decir que si se mantiene la línea de solución propuesta, la homologaría a través de una sentencia interlocutoria.

Por otro lado, en el artículo 132.4 planteamos nuestra discrepancia con esta supuesta legitimación; en realidad, es una habilitación al Directorio del INAU para que pueda apelar la decisión del juez, y ahí surge el polémico tema de que se vuelve a la lista. De todas maneras, este no es un tema sobre el que la Corte quiera pronunciarse en este momento.

Pensamos que al regularse el artículo 133 uno de los aspectos que se entendía que iba a ayudar mucho en cuanto a dar luz a los temas procesales era el referido a la clara determinación de cuáles eran las partes de este proceso. Si los señores Senadores observan el artículo 133.1 del proyecto de ley, notarán que en lugar de decir que se trata de partes, se menciona que se escuchará a los progenitores y a las personas vinculadas con la familia de crianza. Parecería que la idea con la que

se trabajó en este artículo es un proceso en el cual es parte, en primer lugar, quien tiene la tenencia del niño concedida luego de cumplir las condiciones estipuladas en el artículo 132; serán demandados los progenitores o quienes entiendan que tienen derecho sobre ese niño. Hay algo que nos parece fundamental y es que habría que determinar que el niño no solo tiene derecho a ser representado, sino que es parte en este proceso. En el proceso del Código Civil argentino y en lo que ha escrito la doctrina uruguaya comentando la Ley Nº 18.590 -recordamos un artículo de la doctora Carozzi-, se reconoce que el niño es parte en el proceso de adopción. Por lo tanto, no solo debe estar representado sino que debe actuar como tal a través del mecanismo de representación que corresponda.

SEÑOR SOLARI.- Estoy un poco perdido con respecto a los artículos mencionados, porque el doctor Pérez Manrique estaba haciendo referencia a quiénes son las partes y creo que ello figura en el artículo 133 y no en el 133.1

SEÑOR PRESIDENTE.- Yo iba a hacer la misma pregunta porque se menciona a las partes.

SEÑOR PÉREZ MANRIQUE.- Se trata del artículo 133.1, que dice: “Para determinar si corresponde decretar la separación definitiva del niño, niña o adolescente de su familia de origen y su inserción en una familia alternativa con fines de adopción, se seguirá el proceso extraordinario regulado por el Código General del Proceso, debiendo en todos los casos designar defensor y curador si correspondiere y escuchar al niño o adolescente, a sus progenitores y a las personas que hasta la fecha se hayan encargado efectivamente de su cuidado.” A nuestro juicio, no solo tienen derecho de ser escuchados, sino que son parte del proceso.

Continuando con el análisis de este artículo, la otra observación que ya la habíamos realizado en la Cámara de Representantes, refiere a lo siguiente. Se hace una referencia al “Juez que previno”. Técnicamente, la prevención es un criterio de asignación de competencia. Cuando hay dos jueces que tienen competencia en un asunto, el que tomó competencia primero desplaza al otro en la consideración de la competencia. En este caso, el único antecedente que puede haber es el del artículo 132, que es otro juez, salvo en el interior. Parecería que la lógica sería mantener solamente la competencia del Juzgado Letrado con competencia en materia de familia correspondiente a la residencia del niño o adolescente, que, en realidad, será la de los actores, que son aquellos que están ejerciendo la pretensión de separación definitiva para adoptar posteriormente al niño.

SEÑOR SOLARI.- Entonces, la solución sería eliminar el literal A).

SEÑOR PÉREZ MANRIQUE.- Exacto, señor Senador.

SEÑORA BENDAHAN.- Quisiera señalar que se reitera en el artículo 132.3 *in fine*, donde dice: “El proceso previsto en este artículo, atento al carácter cautelar y urgente atribuido en la ley, deberá ser llevado a cabo íntegramente ante la Sede Judicial inicialmente interviniente”.

SEÑOR PÉREZ MANRIQUE.- Con respecto a lo que originalmente se había hablado en cuanto a que los edictos se publicaran solamente en el Diario Oficial, lo único que se hace acá es decir que los edictos son gratuitos en el Diario Oficial y, a contrario sensu, no lo serían si se publican en otro medio de prensa. A nuestro juicio, creemos que convendría publicar solamente en forma gratuita en el Diario Oficial.

Más adelante, el proyecto de ley introduce en el artículo 135.1, en forma previa, medidas de apoyo a los progenitores que deciden no hacerse cargo de su hijo. A nuestro entender, con buen criterio, elimina un problema que se ha visto en la práctica: en caso de que el niño no tenga referente familiar o sea huérfano, no es necesario aplicar el artículo 132. Por lo tanto, se aplica directamente el artículo 133. Reitero que nos parece que es una buena solución.

Ahora nos queremos referir a un aspecto donde vemos algunos problemas. La ley consagra tres tipos de adopción: una es la adopción plena, definida en el artículo 137; luego está lo que la doctrina denomina adopción integradora, que aparece mencionada en el artículo 139; y, por último, la adopción con efecto restringido. En la adopción integradora del hijo del cónyuge o del concubino, en

realidad lo que se prevé son dos hipótesis. La primera corresponde al primer inciso del artículo 139: “siempre que el niño o adolescente haya perdido todo vínculo con el otro progenitor”. En esa relación, uno de los cónyuges o de los concubinos ha perdido la patria potestad, es decir, todo contacto, o el menor ha sido declarado separado definitivamente de ese progenitor. En ese caso vamos a una adopción plena.

La segunda hipótesis que prevé ese artículo es cuando frente al pedido de adopción integradora se verifica que ese niño, niña o adolescente tiene lazos altamente significativos con familiares del progenitor de quien se desvinculó o se considerare inconveniente o lesivo a sus derechos el desplazamiento de su estado civil. En ese caso lo que se prevé es una adopción de efectos restringidos, cuya tipología figura en el artículo 139.1. Allí se establece que se va a una adopción de tipo restringido cuando hay un asentimiento de ambos progenitores a la adopción. ¿Cuál es el problema que vemos en esta adopción de efectos restringidos? Que en ambos casos -en el primer caso no sería tan grave pero en el segundo es importante- no se establece quién ejerce la patria potestad; insisto: no existe ninguna previsión sobre quién ejercerá la patria potestad.

La solución que propone la reforma del Código Civil argentino y que me parece de lógica de la vida, es que la patria potestad la deben ejercer los padres adoptantes. ¿Por qué? Porque en un caso tenemos un padre desvinculado y, en el otro, uno o dos progenitores que han consentido la posibilidad de la adopción. Entonces, el Estado, ante ese chico que se ha integrado a esa familia -sin perjuicio de mantener algún lazo con la familia de origen-, debe otorgar la patria potestad a quienes van a ser sus padres adoptantes.

En el caso de la adopción integradora existe un problema de muy difícil solución técnica. ¿Qué sucede cuando una filiación es distinta a la otra? Me explico.

¿Qué pasa cuando la pareja que quiere adoptar es de filiación extramatrimonial y el chico de filiación matrimonial? Si se produce la adopción, ¿cuál es la filiación de este hijo?

Voy a poner un caso concreto. Juan y María viven juntos en relación de concubinato. María estaba casada con Pedro, con quien tiene un hijo “A”. Pedro perdió la patria potestad y Juan quiere adoptar a “A”; pero el régimen de filiación que lo une con la madre, repito, es el concubinato. Si partimos de la base de que por definición los hijos matrimoniales y no matrimoniales tienen los mismos derechos, parecería que tendrían que ir al régimen filiatorio de la pareja adoptante. Por ende “A” pasaría a ser hijo no matrimonial de Juan y de María. Parecería la solución lógica, aunque reconozco que puede ser discutible.

Hago este planteamiento porque está dentro de los temas que no figuran en la ley y que el día de mañana nos pueden generar juicios y habrá que esperar muchos años para solucionarlos. Más allá de todo esto, creo que en estos casos cabe plantearse qué hacemos con la patria potestad.

SEÑOR SOLARI.- Desde el momento en que los hijos habidos en el matrimonio y los criados por parejas en concubinato tienen los mismos derechos, la solución lógica -la que se propone, y la más acertada- sería cambiar la filiación matrimonial que tiene “A” por una de padres adoptantes, que en este caso serían Juan y María. Y eso debería ser incluido en la ley.

SEÑOR PÉREZ MANRIQUE.- Claro, porque la ley no dice nada al respecto, de la misma manera que no establece quién ejerce la patria potestad; y en el caso de adopción restringida, la ley tampoco indica nada.

Continuando con el articulado, quiero señalar que conversando con la doctora Bendahan nos dimos cuenta de que a los dos nos causa una gran perplejidad el artículo 144.

SEÑORA BENDAHAN.- En esta disposición se agregó un inciso que expresa: “La adopción” -refiriéndose a la adopción plena- “no restringe los derechos sucesorios del adoptado en la familia de origen, sin que ello implique limitar tales derechos en la familia adoptiva”. Esto contradice el artículo 148 de la ley, en sus incisos primero y cuarto. ¿Por qué? Porque en el primero se expresa:

"Ejecutoriada la sentencia, la adopción plena sustituye los vínculos de filiación anterior del niño o adolescente por los vínculos de la nueva a todos sus efectos, con excepción de los impedimentos previstos en el artículo 91 del Código Civil y del derecho de mantener comunicación regular con su familia de origen o parte de ella, de acuerdo con el artículo 138." A su vez, el inciso cuarto del artículo 148 establece: "La adopción plena tendrá efectos constitutivos sobre el estado civil del niño o adolescente objeto de la misma, quien como hijo será titular desde el emplazamiento de su nuevo estado civil y en adelante de los mismos derechos y deberes que si hubiera nacido de el o los adoptantes". Esto no es posible porque si se produce una sustitución en los vínculos de filiación de modo que la anterior caduca, mal podrá heredar a sus familiares de origen. Esta es una contradicción absoluta con todas las normas del Código Civil sobre derechos sucesorios, que son de orden público.

Eso fue lo que observamos y lo manifestamos cuando comparecimos en la Comisión de la Cámara de Representantes. Recuerdo que el Diputado Bayardi planteó esa inquietud y le explicamos que si la filiación cambia, los vínculos anteriores caducan. Entonces, desde el punto de vista jurídico, es imposible que exista esta norma.

(Se suspende momentáneamente la toma de la versión taquigráfica.)

SEÑOR SOLARI.- Quisiera formular una pregunta aclaratoria. Dado que cuando concurrieron a la Comisión de la Cámara de Representantes que consideró este proyecto de ley plantearon esta observación al inciso segundo del artículo 144, ¿cuál es la argumentación que puede haber detrás de la intención de mantenerlo?

SEÑORA BENDAHAN.- Esa parte de la norma no existía cuando concurrimos a la Comisión. Como dije, el Diputado Bayardi planteó la inquietud de por qué el adoptado no podía heredar y se lo explicamos -creo que los tres que concurrimos, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, doctor Gutiérrez, y nosotros dos-, pero él insistió varias veces en saber por qué. De todas maneras, es claro que este inciso fue agregado después de nuestra comparecencia. A nosotros nos hicieron una consulta que respondimos en forma muy clara y eso consta en la versión taquigráfica.

SEÑOR PRESIDENTE.- Usted nos está diciendo que fue una consulta previa a la inclusión del segundo inciso.

SEÑORA BENDAHAN.- Exacto.

SEÑOR PÉREZ MANRIQUE.- Para terminar con el articulado -luego quisiera hacer un comentario sobre el artículo 3º, "Derecho transitorio"-, el artículo 158 refiere a "Cometidos del equipo técnico". Esta disposición fue insertada en el Código de la Niñez y la Adolescencia original a partir de la hipótesis de que, además del INAU, en nuestro país funcionaban instituciones que participaban en los procesos de adopción. Por eso se incluyó lo que se llama *nomen iuris,* un título genérico, que es "Cometidos del equipo técnico". Finalmente, es el equipo técnico del INAU el que tendrá estos cometidos.

En los literales C) y D) de este artículo se establece la base legal del RUA: Registro Único de Adoptantes.

Me parece conveniente decir que esta redacción, que ha sido conservada, tiene algunas deficiencias. Por ejemplo -y esto está vinculado con el orden de la lista y la forma en que se maneja este tema en Derecho Comparado-, en Venezuela los progenitores pueden decir que no están dispuestos que hacerse cargo de un hijo, y es un juez el que, dentro de la lista, designa al matrimonio o a la pareja que va a hacerse cargo de ese hijo.

En Argentina hay distintas regulaciones, pero generalmente se trabaja sobre la base de que el Registro indica dos o tres familias como posibles candidatas a adoptantes y luego, en función del perfil, el juez selecciona a la más adecuada.

La redacción, tal como está, establece: “La selección se fundará en las necesidades del niño o adolescente, debiendo respetarse el orden de inscripción siempre que dicho orden no colida con el mejor interés y conveniencia del futuro adoptado. En todos los casos el niño o adolescente deberá ser oído preceptivamente”. Consideramos que esta última frase está de más porque, a los efectos de incorporar una familia en el Registro, no es necesario oír al niño o al adolescente; se trata, sí, de oírlo para determinar si va a ser adoptado o no, si va a haber separación definitiva.

En algún momento nos pareció -y seguramente la doctora Bendahan profundizará en este tema- que había que tener una lectura realista de qué es lo que hoy ocurre con relación al Registro. Si bien podemos pensar que cuando hay un niño para ser adoptado, el que ocupa el primer lugar en la lista es el que tiene derecho a aspirar a esa adopción, hay casos de niños que no pueden ser adoptados por parejas que están en la lista, ya sea porque no tienen interés, porque tienen características físicas diferentes o porque hay determinadas condiciones que no habilitan una adopción dentro de la lista.

Por ejemplo, nosotros participamos en un programa de televisión junto con una funcionaria del INAU -llevada por el Departamento de Adopciones del Instituto- que adoptó a un niño con una discapacidad visual severa. Esa persona no estaba en la lista, pero era la única que le daba cariño y que estaba dispuesta a hacerse cargo del niño como hijo. Por otra parte, había que esperar a los diez años para determinar si la discapacidad visual era definitiva o no.

Sé que es un tema arduo a nivel legislativo, pero parecería que esta fórmula cerrada que se consagra deja fuera algunas hipótesis que se dan en la práctica, como es el caso en que hay que adoptar a dos o tres hermanos. La lista no tiene esa preceptividad que aparece a simple vista.

Por otra parte, en algún momento nosotros habíamos pensado en una reestructura del artículo 158. Como estudioso del Derecho de Familia -y no como posición de la Suprema Corte-, me parece necesario y de honestidad intelectual decir que se podría ir a una fórmula que dijera algo así como: “Seleccionar de dicho registro, respetando el orden de inscripción en cuanto fuere compatible con el interés superior del niño, los posibles padres adoptivos, ante la solicitud formulada por el Juzgado competente, en el caso de un niño, niña o adolescente en condiciones de ser adoptado.

El orden solo podrá ser alterado por las necesidades del niño, niña o adolescente, debidamente fundadas, si en la lista no existieren interesados en la adopción del niño, niña o adolescente, o en caso de niños, niñas o adolescentes con capacidades diferentes, o de hermanos, o cuando se trate de adopción integradora”. Es obvio que en el caso de adopción integradora no se sigue la lista.

Entonces, se trata de encontrar una fórmula que permita ver una realidad no encapsulada -que no lo es, pese a las discusiones- y abarcativa, teniendo en cuenta, sobre todo, el Derecho Comparado. Tal como está planteada la fórmula, el INAU le dice al juez cuál es la familia seleccionada, quien luego de determinado procedimiento puede entender que no es la adecuada. En ese caso, se vuelve otra vez al INAU para que proponga otra familia. Mientras tanto, se pierde un tiempo que va en detrimento del niño, niña o adolescente. Por tanto, sin abjurar de ningún principio -para los que entienden que esto es una cuestión de principios-, creemos que habría que buscar una fórmula un poco más amplia que nos permita adaptarnos más a la realidad.

Finalmente, quiero hacer una apreciación absolutamente personal, porque también creo que es de honestidad intelectual hacerlo. En el literal A) del artículo 3º (Derecho transitorio) se recoge la fórmula consensuada.

SEÑOR SOLARI.- Antes de pasar al artículo 3º, me gustaría hacer una pregunta referente al artículo 158, que era el que estábamos tratando.

No parece lógico que sea un cometido del equipo técnico lo que está incluido en el inciso final, que ni siquiera tiene literal. Parecería que la referencia a todas las instituciones públicas y privadas sin fines de lucro que establezcan convenios con el INAU sería más propia de un artículo separado, aunque no sé dónde habría que incluirlo.

SEÑOR PÉREZ MANRIQUE.- Tal vez habría que agregar un artículo 158.1. Si nos ponemos de acuerdo en que los ".1" y ".2" son artículos diferentes y no se altera la numeración, no habría problema.

SEÑOR SOLARI.- Muchas gracias.

SEÑOR PÉREZ MANRIQUE.- ¿Cuál es el problema que tenemos con la Ley Nº 18.590? Establece que las guardas ingresadas legalmente en forma anterior a la vigencia de la ley podrían transformarse en adopción siempre y cuando se la promueva dentro del año de su promulgación. Ese período de un año transcurrió y quedaron una cantidad de niños, niñas y adolescentes sin las condiciones para ser adoptados porque ese plazo caducó. Inclusive, hay algún fallo que, invocando el interés superior del niño y el criterio de interpretación de la ley, ha dicho que es una caducidad que no se puede imponer, precisamente, contra el interés superior del niño.

Lo que me preocupa de esta disposición transitoria es que se ratifica la misma solución, porque establece un plazo de un año y medio, transcurrido el cual otra vez vamos a estar frente al mismo problema. En la norma se expresa: "Se suprime el plazo de un año establecido en el literal A) del artículo 4º de la Ley Nº 18.590, de 18 de setiembre de 2009. Las situaciones generadas antes de la entrada en vigencia de la presente ley, serán reguladas por el mismo criterio previsto por dicha norma siempre que los trámites tendientes a la adopción se inicien antes del plazo de dieciocho meses de promulgada la presente ley." Transcurrido ese plazo vamos a estar en el mismo problema.

SEÑORA BENDAHAN.- Voy a ser muy breve porque comparto lo que ya ha expresado el doctor Pérez Manrique.

Simplemente quiero plantear una inquietud porque a estas alturas, cuando el proyecto de ley ya tiene media sanción, nos damos cuenta de que la decisión está tomada en torno al tema de la mayor o menor rigidez, o mayor o menor flexibilización, de la lista de aspirantes, según el punto de vista desde el que se mire. Por tanto, no voy a insistir sobre este tema, pero sí sobre un punto que me parece muy importante. Me estoy refiriendo al artículo 132.1, que habla de las medidas provisionales. Se puede observar que es el juez quien dispondrá las medidas cautelares que corresponda. Aquí se expresa: "Las mismas consistirán en integrar al niño o adolescente siguiendo un orden preferencial que no podrá dejar de observarse salvo motivos fundados en el interés superior del niño:

Un integrante de la familia hasta el cuarto grado de consanguinidad. La guarda material del niño o adolescente en el marco de las medidas provisionales no podrá superar el plazo establecido en el artículo 132.2.

Inserción provisional en una familia de acogida de acuerdo con lo previsto en el artículo 125 de este Código. La guarda material del niño o adolescente por la familia de acogida no podrá superar el plazo establecido en el artículo 132.2.

Inserción provisional en una familia seleccionada del Registro Único de Aspirantes por el INAU, de acuerdo con lo previsto por el literal D) del inciso segundo del artículo 158."

Lo siguiente ya lo he mencionado, pero lo voy a reiterar porque tiene que ver con los derechos humanos de la persona más importante a quien se refiere este proyecto de ley, es decir, al recién nacido. Esto ya lo dije aquí durante el proceso de redacción del proyecto, como también en otros ámbitos: personalmente creo que no debería existir la familia de acogida y el niño debería ir en forma directa, en aplicación del artículo 125, a una familia seleccionada del Registro Único. ¿Por qué? Todos pueden imaginar cuál es la razón, por lo menos, los dos médicos aquí presente: el apego temprano de ese recién nacido.

Quiero citar algo que dijo en la Comisión de la Cámara de Diputados alguien que ingresó después de que nosotros nos retiramos de esa sesión del 23 de mayo próximo pasado. Me refiero al doctor Díaz Rossello, del Fondo de Población de las Naciones Unidas, que trabaja en la Organización Panamericana de la Salud desde hace muchos años.

En esa instancia el doctor Díaz Rossello dijo algunas cosas muy interesantes. Por ejemplo, señaló: “Normalmente se entiende que la madre, por los cambios hormonales del parto y de la condición de haber engendrado un hijo, desarrolla el deseo de criar. Sin embargo, es el recién nacido el que provoca en el adulto que lo cría -mujer u hombre- los cambios necesarios para que esté atento continuamente, dedicado y desarrolle ese vínculo. El ser central en el proceso de maternidad o de paternidad es el estímulo de un recién nacido. Esto se sabe en toda la escala animal y nuestro país es uno de los pioneros en esa investigación”. Aclaro que estoy extractando algunas partes de esta exposición, que se encuentra en la versión taquigráfica respectiva.

Más adelante dice lo siguiente: “O sea que un período en el cual el recién nacido es extremadamente atractivo para cualquier adulto, en nuestras condiciones actuales de legislación, pierde la oportunidad de que alguien cambie la cabeza para cuidarlo. Hablo de cambiar la cabeza porque hoy en día, por los estudios de resonancia magnética funcional, sabemos que hay centros en el cerebro humano que se activan con el hijo propio o con el hijo ajeno, con el llanto; a eso se le denomina ‘parental brain’. Puedo decir que desde 1995 y cada cuatro años hay una conferencia mundial sobre este tema”.

Luego señala: “Hay una biología de la parentalidad que hace que la madre y el padre adoptivo también sean biológicos porque cambian su sistema nervioso central para dedicarse específicamente a la cría. Estos conceptos hacen que tengamos que mirar con mucho mayor respeto y cronosensibilidad los primeros días de un recién nacido”, y termina diciendo: “porque tienen una significación especial que se pierde con el tiempo”.

Mucho más adelante dice: “El problema es que el Juez -como la ley tiene indicado un criterio de prelación para elegir quién lo va a adoptar- recurre a aquellos familiares que la madre ya nos dijo que no lo iban a adoptar; hay que saber que cuando la madre lo entrega al Estado es porque no lo pudo entregar a su familia. Ella tuvo la opción de haberlo dado en tenencia y no lo hizo. Hoy en día -por este criterio de prelación-, el Poder Judicial pierde muchísimo tiempo en ir a buscar al interior a un pariente que parecería que es el del padre que dicen que es de este niño. Las legislaciones modernas dejan este asunto a criterio del juez para que pueda optar por las tres escalas de prelación de la familia de origen; cuando habla de la familia de origen, menciona la del niño de dos años que ya tuvo tías y tíos que lo criaron, pero no imagina que el recién nacido tuvo vínculos afectivos con gente que nunca lo tuvo en brazos. Eso lo va a desarrollar, tal vez, la primera familia que lo cuide, y esa sería su familia de origen”.

Y finalmente señala: “Quiero poner esto a consideración para ver si la legislación podría dar libertad al Juez para que individualice en cada caso los criterios de prelación y decidir -si el INAU está de acuerdo y ya preseleccionó una familia adoptiva- que vaya directamente a la familia preseleccionada sin tener que recorrer el otro camino”.

Es decir que esta persona, a quien no tengo el gusto de conocer, había pensado en esto no siendo abogado, porque es algo que está dentro de la lógica. Me parece que los derechos humanos del niño recién nacido se ven vulnerados cuando pasa a una familia de acogida y de ella a una familia de la lista.

Esta es mi mayor inquietud, porque las demás fueron manifestadas por el doctor Pérez Manrique y en su momento ya hice referencia a la vinculada al artículo sobre los derechos sucesorios.

SEÑOR SOLARI.- Algo de eso había planteado, por toda la evidencia científica que hay con respecto al desarrollo temprano, que comienza durante la gestación y se continúa durante los primeros meses. De manera que los primeros 24 a 36 meses de vida pasan a ser el período fundamental del desarrollo emocional, psicológico, cognitivo y también, en alguna medida, motor.

Entonces, al entregar al niño a una familia de acogida, como dijo la doctora Bendahan, estamos abriendo la puerta a que en ese período clave del desarrollo se produzca un apego que después va a tener que desandarse al ser transferido a una familia de adopción.

Vinculado con este mismo tema y con el artículo 135.1, quería hacer una pregunta desde el punto de vista humano para ver si eso puede tener una solución jurídica. Supongo que en el artículo 135.1, cuando una mujer embarazada ha decidido continuar con su embarazo para tener un niño, pero ha resuelto no criarlo, por las razones que fuere, parece natural que ella pudiera tener alguna influencia en el destino de ese niño. En ese sentido, voy a citar el caso concreto de Steve Jobs, el creador de Apple, quien fue dado en adopción y la condición que pusieron los padres era que fuera adoptado por una familia que se comprometiera a su formación universitaria. Es decir que la familia adoptante tenía que comprometerse, en el momento de la adopción, a brindarle educación universitaria. Entonces, los progenitores tuvieron una influencia, no exactamente eligiendo el nombre y el apellido de la familia adoptante, pero sí en cuanto al tipo de familia que querían que produjera esa adopción. De todos modos, uno puede suponer una cantidad de situaciones. Por ejemplo, imagino que la contraparte de esto es que los padres biológicos o la mujer embarazada no puedan interferir en el proceso de forma de obtener un beneficio económico; en definitiva, eso es lo que hay que tratar de prevenir.

Quisiera aprovechar la presencia de los representantes de la Suprema Corte de Justicia para saber qué soluciones hay en la legislación comparada que permitan a la madre o a los padres biológicos expresar su preferencia, pero que al mismo tiempo evite la posible comercialización.

SEÑORA BENDAHAN.- En los sistemas comparados hay regímenes de absoluta libertad, como pueden ser el americano o el canadiense, en donde los padres que van a entregar a un hijo, o la madre que decide tenerlo pero no criarlo, se conecta directamente con las familias, vía electrónica, por Internet, etcétera. Pero tal como fue aprobado este proyecto por la Cámara de Representantes, todos sabemos que no tiene ese espíritu, por lo que no creo que eso sea posible. En el único aspecto que podría estar contemplado que los padres puedan tener una injerencia es a través del artículo 139.1 “Consentimiento de ambos progenitores”, pero no da la posibilidad de adopción plena, sino de efecto limitado. Insisto en que tal como está previsto en el proyecto, eso no es posible porque participa de una filosofía diferente: el completo control del Estado y la muy escasa discrecionalidad judicial. De modo que en mi humilde opinión no creo que eso sea posible con este esquema de ley. Claro que esto existe en otros sistemas, pero no es el caso de Uruguay.

SEÑOR PÉREZ MANRIQUE.- Había manifestado que hay países en los cuales es posible que un padre diga que no se va a hacer cargo de un hijo, pero que luego seleccione a la familia de una lista. En este sentido, cité el caso de Venezuela; creo que Colombia funciona de la misma manera y Argentina también se maneja con listas. O sea que se trata de un tema de debate; inclusive, hoy en algunos estados de Estados Unidos es posible que adopte la familia sustituta. Es decir, estamos como en una vuelta de campana en una cantidad de temas, aunque da la impresión de que en Latinoamérica esa no sería la solución predominante.

Este tema es humanamente muy importante y, en definitiva, depende más de decisiones políticas que técnicas, pues tiene que ver con la forma de pensar la sociedad, cómo se interrelacionan las personas entre sí y cómo se conforma el fenómeno familiar a partir de la legislación.

SEÑOR PRESIDENTE.- La Comisión de Población, Desarrollo e Inclusión agradece a nuestros invitados los aportes que han hecho, que realmente fueron abundantes y profundos. Pediría al doctor Pérez Manrique que nos dejara una copia de su propuesta.

SEÑOR PÉREZ MANRIQUE.- Con mucho gusto; la propuesta es relativa al artículo 158.

SEÑOR PRESIDENTE.- Muchas gracias nuevamente.

(Se retiran de Sala los representantes de la Suprema Corte de Justicia.)

-Queda terminado el acto.

(Es la hora 17 y 30 minutos.)